Der Begriff der „Geschäftsbesorgung" in § 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität

Rostock

ACAD. LAND.RAT BIBL.

vorgelegt von

Alfred Michaelis

Gerichtsreferendar.

Bochum, 1902.

Druck von Adolf Stumpf Nachfolger.

Litteratur.

Albers, Die Abgrenzung von Kauf, Werkvertrag und Auftrag u. s. w., Inaug.-Diss. Jena (Hamburg 1900).

Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche R. (Berlin, 1889).

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Band I, 3. Aufl. (Jena, 1900).

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (Freiburg i. B., 1897).

Eck, Rezension des Crome'schen Buches in Goldschm. Ztschrft, Band 48, S. 357.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, II. Band, 2. Abteil., 1. und 2. Aufl. (Halle, 1901).

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Teil, 4. Aufl. (Berlin, 1899).

Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht, 1. Aufl. (Berlin, 1899).

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B. G. B. (Mannheim, 1898).

Hellmann in der Krit. Viertelj.-schrft, Band 41 S. 222.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. (Leipzig, 1899).

Isay, Die Geschäftsführung nach dem B. G. B. (Jena, 1900).

Jaeger, Die Konkurs-Ordnung, Kommentar (Berlin, 1899).

Loewenfeld, Ueber den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurf des B. G. B. (Sep.-Abdr., Berlin, 1889).

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band (Berlin, 1899).

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum 2. Buche des B. G. B. (Breslau, 1898).

Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse (Berlin, 1899).

Planck, Kommentar zum B. G. B., Band II, 1. und 2. Aufl. (Berlin 1900).

Riezler, Der Werkvertrag nach dem B. G. B. (Jena, 1900).

Schollmeier, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse (Berlin, 1897).

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, 1. und 2. Aufl., (Berlin, 1901).

Staudinger, Kommentar zum B. G. B., 15. Lieferung (München, 1901).

Wolff, Kommentar zur Konk.-Ordnung (Berlin, 1900).

Vorstehende Kommentare, Abhandlungen u. s. w. sind, wo nichts anderes bemerkt, nur mit dem Namen ihrer Verfasser bezeichnet. — Die citierten Paragraphen ohne Zusatz sind solche des B. G. B.

Einleitung.

Der erste Entwurf des B. G. B. bestimmte im Eingangs-Paragraphen des Titels „Auftrag" (585):

> „Durch die Annahme des Auftrags wird der Beauftragte verpflichtet, das ihm von dem Auftraggeber aufgetragene Geschäft für diesen zu besorgen."

Mit Recht fand diese Formulierung alsbald den lebhaftesten Widerspruch. Man rügte insbesondere das Fehlen jedweden Mittels für eine zweifelfreie Abgrenzung gegenüber den beiden anderen Arbeitsverträgen, Dienstvertrag und Werkvertrag, sodaß hier die alte, aus dem gemeinen Recht überkommene Unbestimmtheit ihre Fortsetzung finde. Aus den Motiven war nichts weniger, als eine klare Erkenntnis des gesetzgeberischen Willens zu schöpfen; sie gaben die Erledigung der Streitfrage kurzer Hand der Wissenschaft anheim.[1])

Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs lieh den Angriffen der Kritik[2]) Gehör und erhob die Unentgeltlichkeit zum wesentlichen Begriffsmerkmal des Auftrags. Aus dieser Aenderung ergab sich aber sofort eine weitere Konsequenz. Denn es war nicht zu verkennen, daß eine entsprechende Anwendung der meisten der für den Auftrag gegebenen Vorschriften auf entgeltliche Verträge, für die sie ja ursprünglich mitbestimmt

---

[1]) Bd. II S. 526 zu § 585

[2]) Cfr. z. B. Loewenfeld im ganzen ersten Teil seiner Schrift, Bernhöft, S. 62f.

waren, nicht nur als zulässig, sondern, sollte das Gesetz nicht eine fühlbare Lücke aufweisen, auch als geboten erscheine. In der Kommission fand denn auch der Antrag, vor die Schlußbestimmung des Titels einen § 603a einzuschieben, widerspruchslose Annahme. Dieser § 603a sollte lauten:

> „Die Vorschriften der §§ 590 bis 595, 599 bis 603 finden entsprechende Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung in einem Dienst- oder Werkvertrag übernommen ist."

Nachdem diese Vorschrift, von unwesentlichen Aenderungen abgesehen, in derselben Gestalt (als § 606) dem Reichstage vorgelegen hatte, wurde sie als § 675 in folgender Fassung Gesetz:

> „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung."

Bereits in der Kommission für die zweite Lesung wurde die Frage angeregt, in welchem Sinne hier der Ausdruck „Geschäftsbesorgung" zu verstehen sei.[1]) Die Kommission glaubte jedoch einer Interpretation durch die Wissenschaft um so weniger vorgreifen zu sollen, als „sich der Begriff der „Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung" im Rahmen einer Gesetzesbestimmung auch durch eine anderweite Fassung nicht erschöpfend verdeutlichen lassen" würde. Sie meint nur, „jedenfalls müsse davon ausgegangen werden, daß nicht ohne weiteres in jeder Thätigkeit des Dienstverpflichteten oder des Unternehmers eine Geschäftsbesorgung zu finden sei; in der Regel werde es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Thätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei."

---

[1]) Cfr. Protokolle S. 2335ff.

Die Wissenschaft hat sich der ihr damit gestellten Aufgabe in Kommentaren, wie in systematischen Darstellungen des neuen Reichsrechts bemächtigt, indessen ist bislang keine der vorgeschlagenen Lösungen von durchgreifendem Erfolg gewesen. Daß die Frage von praktischer Bedeutung sei, wird, soviel ich sehe, — außer von Hachenburg in Konsequenz seines unten näher zu erörternden Standpunktes, — allein von Planck [1]) bestritten, der der Ansicht ist, Fehlgriffe infolge mißverständlicher Auslegung des Begriffes „Geschäftsbesorgung" seien um deswillen kaum zu befürchten, weil sich der Anwendungskreis des § 675 schon aus der Natur des Verhältnisses ergebe. Demgegenüber muß ich mich der Mehrheit der Autoren anschließen, die im Gesetzestext die Bestimmtheit, die ihm hier von Planck zugesprochen wird, vielmehr gerade vermissen. [2])

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, die verschiedenen, bis jetzt in der Litteratur hervorgetretenen Interpretationen jenes Begriffes einer kritischen Würdigung zu unterziehen und insbesondere zu prüfen, ob dieselben in Anwendung auf die Auftragsnormen ihre praktische Begründung finden. Eine Darstellung der eignen Ansicht des Verfassers soll sich anschließen.

---

[1]) Note 2 zu § 675.

[2]) So spricht Eck, S. 357, von dem „merkwürdigen" § 675, Jaeger, Anm. 10 zu § 22 K.-O., meint: „Der Begriff der „Geschäftsbesorgung" bildet ohne Zweifel den dunkelsten Punkt in der Lehre von den Arbeitsverträgen." Aehnlich Oertmann, Isay, Hellwig u. a.

§ 1.

Zunächst muß eine Vorfrage, die ebenfalls kontrovers geworden ist, kurz behandelt werden. Es kommt darauf an, festzustellen, ob der Ausdruck „Geschäftsbesorgung" in § 675 in demselben Sinne verstanden werden soll, wie im § 662.

Schollmeyer[1]) hält, ohne Gründe anzuführen, eine Verschiedenheit der Bedeutung in den beiden Gesetzesstellen für zweifellos. Siméon[2]) meint, falls der Begriff hier und dort identisch sei, „so käme man zu dem vom Gesetzgeber gewiß nicht gewollten Schlusse, daß jeder Dienst- und Werkvertrag dem Rechte des Auftrags unterfiele." Ihm schließt sich Oertmann[3]) an, und ebenso will Matthiaß[4]) die Geschäftsbesorgung im § 675 in einem engeren Sinne aufgefaßt wissen, als die im § 662.

Die entgegengesetzte Auffassung wird vertreten von Crome[5]), Riezler[6]), Isay[7]), Eck[8]), Cosack[9]), Hellmann[10]), Albers[11]) und anscheinend auch von Endemann.[12]) Sie ist wohl die richtige. Jedenfalls erscheint der von Siméon angeführte Gegengrund nicht überzeugend. Denn vorausgesetzt wäre hierfür, daß durch den 10. Titel 7. Abschnitts 2. Buchs des B. G. B. alle unentgeltlichen Arbeitsverträge ihre besondere Regelung hätten finden sollen. Darauf ist aber keineswegs mit Notwendigkeit zu

[1]) Seite 40.
[2]) § 70 S. 444.
[3]) Note 1b zu § 675.
[4]) § 124 VI A. [5]) S. 255 Anm. 6. [6]) S. 75. [7]) S. 44 Anm. 2. [8]) Goldschm. Ztschrft. Bd. 48 S. 357. [9]) § 143 II 1 in Verbdg. mit § 150 II. [10]) Krit. Viertelj.-Schrft. Bd. 41 S. 222. [11]) S. 77. [12]) § 177,1c.

schließen, um so weniger, als ja auch andere Vertragsarten im Gesetzbuch nicht besonders behandelt sind. So fehlt es an speziellen Bestimmungen über die partiarischen Rechtsgeschäfte, über die Verträge auf ein Unterlassen (§ 241) u. s. w., deren praktische Bedeutung doch gewiß größer ist, als die der Verträge auf unentgeltliche Arbeitsleistungen, die keine „Geschäftsbesorgung" enthalten. Das wird im weiteren Verlauf unserer Untersuchung noch einleuchtender werden.

Dagegen spricht zu Gunsten der Mehrheitsauffassung vor allem die geschichtliche Entwicklung, wie sie oben in der einleitenden Uebersicht kurz skizziert ist. Der dort angeführte Wortlaut des § 603a der II. Kommission weist deutlich, jedenfalls besser als die Gesetz gewordene Fassung, auf den engen Zusammenhang der beiden Vorschriften, §§ 662 und 675, hin, von denen die zweite nur den Gedanken der ersten fortsetzt.[1]) Denn wenn dort — in jenem § 603a — von der Verpflichtung „zur" Geschäftsbesorgung gesprochen wurde, so konnte schlechterdings nur die Geschäftsbesorgung gemeint sein, von welcher bereits vorher, im Eingangs-Paragraphen des Titels, — § 585, dem jetzt § 662 entspricht —, die Rede gewesen war.

Man gelangt sonach zu folgender Abgrenzung: Auf einen Arbeitsvertrag,[2]) der eine „Geschäftsbesorgung" zum Gegenstand hat, finden stets die Bestimmungen aus dem Titel „Auftrag" Anwendung (abgesehen natürlich von § 676, der hier überhaupt nicht in Betracht kommt); muß für die Arbeitsleistung ein Entgelt gezahlt werden, so unterliegt der Vertrag zwar außerdem den Vorschriften des Titels „Dienstvertrag" bezw. „Werkvertrag", ausgeschlossen bleiben für diesen Fall jedoch die §§ 664 und 671 Abs. 1 und 3 und bedingungsweise auch Abs. 2. Der Grund für diese letzteren Ausnahmen liegt auf der Hand: es soll damit die Härte der Bestimmung gemildert werden,

[1]) Gl. M. Crome, a. a. O.

[2]) Dieser Ausdruck, der seiner Kürze wegen im folgenden häufig Verwendung finden wird, soll sowohl den Dienstvertrag, wie den Werkvertrag, wie den Auftrag umfassen (entsprechend für die Parteien die Bezeichnungen „Arbeitsberechtigter" und „Arbeitsverpflichteter").

daß der Beauftragte, obwohl er für seine Thätigkeit keine Entschädigung erhält, in demselben Grade haftet, wie der bezahlte Dienstverpflichtete und Unternehmer.[1]) Wenigstens soll ihm durch § 671 die Möglichkeit gegeben werden, sich jederzeit von dieser strengen Haftung zu befreien. § 664 ist außerdem nicht unter die in § 675 für anwendbar erklärten Auftragsnormen aufgenommen, weil diese Vorschrift für den Dienstvertrag in der Hauptsache bereits in § 613 gegeben war, dem Unternehmer aber, — von besonderen, auf eine höchstpersönliche Leistung gerichteten und durch § 242 gedeckten Fällen abgesehen, — bezüglich seiner Substitutionsbefugnis eine freiere Stellung eingeräumt werden mußte, da von ihm ja nur ein beliebig von ihm herbeizuführender Arbeitserfolg, nicht die Arbeit als solche verlangt wird. — Keinesfalls darf die Nichtanwendbarkeit der §§ 664 und 671 auf die entgeltlichen Arbeitsverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, neben der Unentgeltlichkeit als ein weiteres begriffliches Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Auftrag angesehen werden. Sie ist vielmehr nichts, als ein Ausfluß jenes einzigen unterscheidenden Moments.

Haben die Arbeitsverträge keine „Geschäftsbesorgung" zum Gegenstande, so erfolgt ihre rechtliche Behandlung, sofern sie entgeltlich sind, allein nach den Vorschriften des Titels „Dienstvertrag" bezw. „Werkvertrag". Hat der Verpflichtete keinen Anspruch auf eine Vergütung, so muß mangels besonderer Abreden die Regelung nach dem allgemeinen Teil des zweiten Buches vorgenommen werden, da es an besonderen Vorschriften fehlt.

Es fragt sich nun, wann die Thätigkeit des Verpflichteten als „Geschäftsbesorgung" bezeichnet werden muß.

---

[1]) Gl. M. Cosack, § 150 IV 2.

§ 2.

1. Am radikalsten geht Hachenburg[1]) bei Beantwortung der Frage vor. Er erklärt, es sei einfach vergebene Mühe, einen brauchbaren Gegensatz zwischen „Dienstleistung" und „Geschäftsbesorgung" finden zu wollen.

Zum Beweise seiner Ansicht gelingt es ihm allerdings, mehrere der vor ihm unternommenen Versuche, einen Unterschied zwischen den beiden Begriffen zu konstruieren, zu widerlegen. Aber es sind doch nur einige solcher Versuche, auf welche sich seine Kritik bezieht; die Frage hatte wohl zu der Zeit, als er seine Monographie veröffentlichte (1898), die Wissenschaft noch zu wenig beschäftigt, um eine einigermaßen erschöpfende Behandlung zu gestatten.

Doch ist der Hachenburg'sche Standpunkt angesichts des Wortlauts des Gesetzes nicht ernstlich zu verteidigen. Der Zwischensatz in § 675: „— — der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat", wäre völlig inhalt- und sinnlos, wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich zwei verschiedene Arten von Dienst- und Werkverträgen einander hätte gegenüberstellen wollen. Hachenburg's Ausführungen sind um so seltsamer, als er selbst zugiebt, daß hier mit bewußter Absicht ein Gegensatz geschaffen werden sollte, und sehr richtig als Belag auf die analoge Fassung zweier anderer Gesetzesstellen verweist. In § 196 Ziffer 7 ist nämlich von den Personen die Rede, „welche — — die Besorgung fremder Geschäfte **oder** die Leistung von Diensten

[1]) S. 13ff.

gewerbsmäßig betreiben," und nach § 23 K. O. (n. F.) soll ebenso wie beim Auftrag durch die Eröffnung des Konkurses ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag erlöschen, durch welchen sich jemand verpflichtet hat, „ein ihm von dem Gemeinschuldner übertragenes Geschäft für diesen zu besorgen", während im übrigen diese beiden Verträge im Falle des Konkurses über das Vermögen des Berechtigten nach §§ 17 bezw. 22 das. zu behandeln sind. Hachenburg hätte auch noch § 355 H. G. B. anführen können, der mit den Worten beginnt: „Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem andern Geschäfte besorgt oder Dienste leistet — — —." Es erscheint somit nicht wohl angängig, die Schwierigkeit kurzer Hand dadurch aus dem Wege zu räumen, daß man den klaren Willen des Gesetzgebers einfach ignoriert.

Hachenburg sucht dann seine Behauptung durch die Anwendung auf die einzelnen in § 675 citierten Auftragsnormen zu belegen. Indessen verschiebt er hier das Problem. In seinen Beispielen nämlich liefert er nicht sowohl den Nachweis, daß sich keine Thätigkeit des Dienstverpflichteten ausdenken lasse, die nicht zugleich „Geschäftsbesorgung" sei, sondern er sucht offenbar nur darzuthun, daß diese Thätigkeit in der Ausführung sowohl von Rechtshandlungen, wie von rein thatsächlichen Leistungen bestehen könne. So stellt er einander gegenüber: zu § 663 die Thätigkeit des Anwalts, wenn er einen Prozeß führt, und wenn er ein Aktiengesellschafts-Statut entwirft, zu § 665 die des Dienstboten, der häusliche Arbeiten verrichtet und die des Handlungsreisenden, der den Prinzipal vertritt, zu §§ 666 bis 668 die des Kommissionärs, der Waren für den Kommittenten verkauft und den Preis einnimmt und die des Kassenboten, der Gelder erhebt, u. s. w. Aber damit ist nicht das Geringste für Hachenburg's Standpunkt gewonnen. Denn nun ergiebt sich von selbst der Einwand, daß das Gesetz eben innerhalb dieser Rechts- und thatsächlichen Handlungen, die beide den Gegenstand der Arbeitsverträge bilden können, wieder Unterarten kennt, von welchen es eine als „Geschäftsbesorgung" bezeichnet.

Verwertbar sind dagegen Hachenburg's Ausführungen, die

u. a. auch von Oertmann[1]) und von Riezler[2]) als zu weitgehend bezeichnet werden, zur Widerlegung der nunmehr zu besprechenden Ansicht.

2. Nach der Auslegung von Matthiaß[3]) nämlich soll § 675 nur für die durch einen Arbeitsvertrag übernommene Besorgung von Rechtsgeschäften in Frage kommen. Gleicher Meinung sind Engelmann[4]) und Wolff[5]), und auch Siméon[6]) meint, die Geschäftsbesorgung im Sinne jener Vorschrift beziehe sich auf „Geschäfte ausschließlich oder doch vorwiegend rechtlicher Natur."

Was für diese Auffassung zunächst einnimmt, ist, daß sie mit dem Sprachgebrauch des B. G. B. im Einklang steht. Denn in der Zusammensetzung „geschäftsfähig" und den davon abgeleiteten Worten ist „Geschäft" allerdings immer gleichbedeutend mit „Rechtsgeschäft". Der Hinweis bei Staudinger,[7]) das Gesetz spreche in § 675 ausdrücklich von „Geschäft", nicht von „Rechtsgeschäft" ist also noch nicht gegen die Ansicht von Matthiaß u. s. w. beweisend. Andrerseits wird dieselbe nicht dadurch gestützt, was Wolff a. a. O. zu ihren Gunsten anführt: „Wollte man den Begriff der Geschäftsbesorgung nicht in dieser Weise einschränken, so würde eine Kollision des § 22 (K. O.) mit dem § 23 Abs. 2 bestehen, die sich nicht lösen ließe." Wolff ist nicht besser zu widerlegen, als mit seinen eigenen, unmittelbar darauf folgenden Worten: „Richtig ist, daß das Dienstverhältnis lediglich nach § 22, daß dagegen ein einzelner, dem Dienstverpflichteten erteilter, Auftrag nach § 23 zu behandeln ist, ohne daß durch das Erlöschen des die Geschäftsbesorgung betreffenden Auftrags der Bestand des Dienstverhältnisses berührt wird." Auf diesen hier angeregten Gedanken werden wir später, S. 21 ff, in anderem Zusammenhange noch zurückzukommen haben.

Gegen die Lehre, als sei die „Geschäftsbesorgung" identisch mit der vertretungsweisen Ausführung von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften sprechen indes schwerwiegende Bedenken.

---

[1]) Note 1b zu § 675. [2]) S. 78. [3]) Band I § 125 VI A. [4]) § 117 S. 316. [5]) Note 3 zu § 23 K. O. [6]) § 70 S. 444. [7]) Note 2 zu § 675.

Daß die Motive[1]) ausdrücklich unter den „Geschäften", deren Besorgung auftragsweise übernommen werden könnten, nicht nur Rechtshandlungen, sondern auch rein thatsächliche Leistungen verstanden wissen wollen, soll hier nicht besonders hervorgehoben werden. Denn die Materialien dürfen in Auslegungsfragen eine maßgebliche Bedeutung nicht beanspruchen. Außerdem müßte, wer sich auf sie beruft, zunächst die, wie wir sahen, angefochtene Identität des Begriffes „Geschäft" in § 662 und § 675 unbestreitbar feststellen. Wohl aber scheint mir nicht unwesentlich, worauf schon Isay a. a. O. kurz hingewiesen hat, daß nämlich das Gesetzbuch statt von Besorgung fremder „Geschäfte" mehrfach und augenscheinlich in demselben Sinne von der Besorgung fremder „Angelegenheiten" spricht. So in §§ 1909 ff. Als Beispiel einer derartigen „Angelegenheit" nennt es in § 1909 die Vermögensverwaltung. Daß aber eine solche keineswegs nur eine Thätigkeit rechtsgeschäftlicher Art erfordert, leuchtet ein; man denke z. B. an die Beaufsichtigung der Leute des Vermögenseigentümers, die Aufnahme eines Inventars, die Ernte von Früchten u. s. w., alles Arbeitsleistungen, die in den Rahmen der Verwaltung fallen, ohne doch Rechtshandlungen zu sein. Damit scheint mir das Argument, das den Sprachgebrauch des B. G. B. für die hier besprochene Ansicht verwerten will, mindestens stark erschüttert.

Sie versagt aber vor allem bei der praktischen Probe. Denn die in § 675 angezogenen Auftragsnormen sind sehr wohl anwendbar, auch wenn es sich um die Besorgung rein thatsächlicher Geschäfte handelt, und der Ausschluß der letzteren könnte sogar zu sehr wenig befriedigenden Resultaten führen. X. läßt sein krankes Pferd zum Tierarzt Z. bringen. Ein im Laufe der nächsten Stunde vorgenommener operativer Eingriff würde das Tier gerettet haben. Z. lehnt jedoch die Behandlung ab, ohne X. zu benachrichtigen. Soll sich dieser nicht nach §§ 663, 675 an Z. halten dürfen, wenn das Tier verendet? — Zweifellos muß mir mein Schneider auf Anfrage Auskunft darüber erteilen, ob er den bestellten Anzug bereits in Arbeit genommen hat, wie

[1]) Zu §§ 749, 750 I. Entw. (Bd. II S. 855).

er mir nach Fertigstellung Rechenschaft darüber ablegen muß, wieviel er von dem ihm gelieferten Stoff gebraucht hat (§§ 666, 675). — Für irgend einen wohlthätigen Zweck soll gesammelt werden. Nachdem die Zeichnungsliste herumgegangen, wird der Kaufmann N. beauftragt,[1]) die z. T. namhaften Beträge einzukassieren. Er führt dies aus, liefert aber das Vereinnahmte nicht ab, sondern verwendet es einstweilen in seinem Geschäft. Sicherlich ist er verpflichtet, es nach §§ 668, 675 zu verzinsen.

Umgekehrt sind Fälle denkbar, in welchen die Anwendung der Auftragsnormen auf Verträge über Rechtshandlungen unthunlich erscheint. Beispiel: Zum Stiftungsfest des Gesangvereins „Harmonie" hat der poetisch veranlagte Vorsitzende A. einen Prolog verfaßt, der von einer Schauspielerin, deren Truppe gerade im Städtchen weilt, vorgetragen werden soll. Diese will sich mit dem geringen Honorar begnügen, wenn ihr auch die zum Vortrag notwendige Balltoilette beschafft werde. A. beauftragt sie daher, sich das Kleid von einer ihm bekannten Dame zu leihen. Dies geschieht; nach dem Fest erklärt jedoch die Eigentümerin des Kleides, nachdem dasselbe einmal von einer Schauspielerin getragen sei, verzichte sie auf die Rückgabe. — Es wäre kaum gerechtfertigt, dem A. als dem „Geschäftsherrn" gegen die Schauspielerin gemäß §§ 667, 675 einen Anspruch auf Herausgabe des Kleides zuzubilligen.

Allerdings, das mag schon hier betont werden, bilden derartige Fälle die seltene Ausnahme. Soviel wird aber auch aus den im folgenden gewählten Beispielen, die sich auf faktische Arbeitsleistungen beschränken sollen, hervorgehen, daß die „Geschäftsbesorgung" keineswegs in der Vornahme von Rechtshandlungen ihre Grenze finden darf.

3) Dernburg[2]) legt den § 675 dahin aus, „daß er auftragsähnliche Dienst- und Werkverträge betreffen soll, d. h.

[1]) Ob es sich hier um einen Auftrag, oder um einen entgeltlichen Arbeitsvertrag, handelt, ist von unserem, oben in § 1 entwickelten Standpunkt aus zwar an sich gleichgültig, da wir aber speziell den Fall des § 675 zum Gegenstand der Untersuchung gemacht haben, wird für alle Beispiele vorausgesetzt, daß dem Verpflichteten eine Vergütung zugesagt sei.

[2]) S. 365.

diejenigen Geschäfte, welche man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellte, welche auch der erste Entwurf unter dem Auftrage zu begreifen dachte." Als Beispiele geschäftsbesorgender Thätigkeit führt er die des Arztes, Rechtsanwalts, Lehrers, Kommissionärs (unter Bezugnahme auf § 396 Abs. 2 H. G. B.), des Geistlichen und des Künstlers an.

Diese Auffassung hat prima facie gewiß viel Bestechendes. Dernburg sucht, wie der Hinweis auf den ersten Entwurf erkennen läßt, die Vorschrift des § 675 durch ihre Entstehungsgeschichte zu erklären, sicherlich mit gutem Grunde, denn um über eine dunkle Gesetzesstelle Klarheit zu verbreiten, liegt gewiß nichts näher, als ihren Quellen nachzuforschen. Dennoch möchte ich mich Dernburg nicht anschließen, da in unserem Falle das Mittel, auf das frühere Recht zurückzugreifen, um Probleme des neuen Gesetzbuches zu lösen, nicht unbedenklich erscheint. Denn über den Begriff des gemeinrechtlichen Mandats, das Dernburg in den „geschäftsbesorgenden" Arbeitsverträgen wiederfinden will, herrschte und herrscht ja nichts weniger, als Einigkeit. Es würde also nur an die Stelle der neuen Streitfrage eine alte, wenn auch nach allen Seiten hin wissenschaftlich beleuchtete, gesetzt werden.

Die Unterscheidung der Quellen, operae liberales und illiberales, ist aber auch um deswillen für unsere Frage nicht verwendbar, weil das B. G. B. den Gegensatz zwar ebenfalls kennt, ihn aber durch einen terminus, der mit „Geschäftsbesorgung" nichts zu thun hat, bezeichnet: es stellt den gewöhnlichen Diensten „Dienste höherer Art" (§§ 622, 627) gegenüber.[1]) Dernburg selbst zieht für das gem. R. zwischen Dienstvertrag und Mandat die Grenzlinie nach dem Zweck der Leistung des Verpflichteten: „Der Dienstvertrag geschieht um der Bezahlung willen, das Mandat im Interesse des Auftraggebers und um allgemeinerer Zwecke willen".[2]) Es mag dahingestellt bleiben, ob das Beispiel des kaufmännischen Kommissionärs, dessen Thätigkeit Dernburg, wie erwähnt, ebenfalls zu den durch Mandat übernommenen, also geschäftsbesorgenden rechnet, mit dieser

[1]) Darauf weist auch Hachenburg, S. 15, hin.

[2]) Pandekten, § 115.

Formulierung in Einklang zu bringen ist. Sie versagt jedenfalls in Anwendung auf die Praxis. Beispiele:

Rechtsanwalt A. schickt, — auf eine Zeitungsannonce hin, — im Frühjahr seinen Pelzmantel zum Kürschner B. mit der Weisung, das kostbare Stück sachgemäß einzukampfern und bei sich aufzubewahren. Als er den Mantel im Herbst zurückholen läßt, ist derselbe von Motten ganz zerfressen und völlig unbrauchbar. Auf die Reklamation des A. erklärt B., er habe sich nicht veranlaßt gesehen, die Bestellung des A., die in seiner Abwesenheit seinem Lehrjungen gemacht sei, auszuführen, sondern den Mantel in einer Ecke seiner Werkstatt liegen lassen. A. sei ihm verhaßt, weil er bei einer früheren Gelegenheit seinen, B's, Gegner im Prozeß vertreten habe. — Nach Dernburg würde das Gesetz keine Handhabe für einen Schadenserſatzanspruch[1]) bieten, während es in §§ 663, 675 doch offenbar auch solche Fälle im Auge gehabt hat. — Nach §§ 673, 675 soll der Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, im Zweifel durch den Tod des Unternehmers erlöschen. A. läßt durch den vermögenden, aber geizigen B. den auf seinem Hof angesammelten Schutt, Unrat u. s. w. abfahren. Während der Arbeit, die mehrere Tage in Anspruch nimmt, stirbt B.; einzige Erbin ist seine Nichte, die Frau eines höheren Beamten. Es bedeutete gewiß eine Härte, sollte A. von dieser die Fortsetzung des Werkes oder Schadenserſatz wegen teilweiser Nichterfüllung verlangen können. Nach Dernburg wäre aber nicht abzusehen, weshalb A.'s Anspruch nicht mit den anderen Nachlaßschulden auf den Erben übergehen sollte.

Umgekehrt: Der Psychiater Professor C. liest ein Kolleg über Zurechnungsfähigkeit. Zu Demonstrationszwecken läßt er für jede Stunde einen der in einer benachbarten Irrenanstalt untergebrachten Geisteskranken kommen, was immer gewisse Kosten verursacht. Soll er hierfür von seinen Hörern Ersatz oder bei Beginn des Semesters von ihnen für die Aufwendungen Vorschuß verlangen können (§§ 669, 670, 675)? — Muß er

[1]) Das negative Vertragsinteresse; cfr. die Bestimmung in § 30 Rechtsanw.-Ordnung.

dem R., dessen Sohn ebenfalls die Vorlesung belegt hat, über die Fortschritte derselben nach §§ 666, 675 Nachricht und auf Verlangen Auskunft geben? Die Sängerin R. hat dem Kommerzienrat L., einem großen Musikfreund, gelegentlich versprochen, in einer von L. zu veranstaltenden Soirée aufzutreten. L. beschließt, letztere an einem Tage im November stattfinden zu lassen, teilt der R. das Datum mit und trifft, da er von ihr keine ablehnende Antwort erhält, verschiedene Anordnungen: er mietet einen passenden Saal, läßt einen Konzertflügel hineinschaffen, engagiert einen Klavierspieler als Begleiter der R. u. s. w. Erst nachdem dies alles geschehen, läßt ihn diese wissen, daß sie das Anerbieten ausschlagen müsse, da sie für den betreffenden Abend bereits versagt sei. -- Man wird der Konsequenz, die sich hier aus Dernburg's Lehre ergäbe, daß nämlich die R. dem L. das negative Vertragsinteresse ersetzen müsse (§§ 663, 675), schwerlich zustimmen können.

4. Zum Verständnis der Ansicht Crome's,[1] der sich übrigens nur über den in § 675 gekennzeichneten Werkvertrag verbreitet hat, ist es notwendig, einige Worte über seine Einteilung der Werkverträge überhaupt vorauszuschicken. Crome unterscheidet nämlich 1. solche, die eine Verfertigung (Herstellung und Veränderung körperlicher Sachen), 2. solche, die eine Beförderung und 3. solche, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. M. a. W. jeder Werkvertrag, bei welchem nicht der „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg" (§ 663 Abs. 2) in einer Verfertigung oder Beförderung besteht, ist ein solcher im Sinne des § 675. Hierunter soll nach Crome fallen a) die Vornahme fremder Rechtsgeschäfte, b) von rein thatsächlichen Arbeitsleistungen z. B. „si fulloni polienda vel curanda vestimenta dedero, oder wenn es jemand übernimmt, für mich an einen Ort zu reisen und dort einen Gegenstand zu besichtigen, um mir darüber Bericht zu erstatten."

Bereits Eck hat in seiner Rezension Crome's[2] hervorgehoben, daß schon die erwähnte Dreiteilung an sich willkürlich

[1] S. 255.

[2] Goldschm. Zeitschrift, Bd. 41 S. 357.

genannt werden muß und zur Lösung unserer Streitfrage kaum etwas beizutragen vermag. Es ist in der That nicht abzusehen, weshalb sich die Ausbesserung von Kleidern als Geschäftsbesorgung,[1]) dagegen die Restauration eines Gemäldes als Verfertigung,[2]) daher nicht als Geschäftsbesorgung darstellen soll. Derartige Beispiele, bei welchen Werkverträge ohne innere Unterscheidungsmerkmale zwei verschiedenen der von Crome geschaffenen Kategorien unterzuordnen wären, ließen sich beliebig vermehren. Es mag jedoch genügen, nachzuweisen, daß der Crome'sche Standpunkt auch durch die Anwendung auf die Praxis keine Rechtfertigung findet.

Denn danach wäre ein Lohnschreiber nicht verpflichtet, mir die Urkunde, die er sich auf meine Anweisung zur Anfertigung einer Abschrift von einem Dritten aushändigen lassen hat, nach Erledigung der Arbeit herauszugeben, (§§ 667, 675), noch hätte der Dienstmann, den ich mit einem Packet zur schleunigen Beförderung fortschicke, die Befugnis aus eigenem Ermessen einen anderen, als den ihm von mir als den kürzesten ausdrücklich vorgeschriebenen Weg zu wählen; selbst wenn er erführe, daß derselbe voraussichtlich für Stunden gesperrt bleiben würde §§ 665, 675). — Andrerseits paßt auf die von Crome als „Geschäftsbesorgung" bezeichneten Werkvertragstypen der § 675 nicht unbedingt. Der oben, S. 35, angeführte Fall, wie überhaupt jeder Werkvertrag mit einem Universitätslehrer, würde hier zu seiner Widerlegung verwertet werden können. Doch halten wir uns an sein eignes, oben erwähntes Beispiel. In Italien ist das Original einer alten juristischen Schrift aufgefunden worden. Die Akademie der Wissenschaften zu N. entsendet eines ihrer Mitglieder, Professor P., unter Bewilligung einer angemessenen Vergütung an den Aufbewahrungsort; P. soll das Manuskript studieren und sodann der Akademie Bericht erstatten. P. veröffentlicht nun während der Arbeit einen Teil seiner Forschungsergebnisse in einer Fachzeitschrift. Soll er das hierfür empfangene Honorar nach §§ 667, 675 der Akademie herausgeben müssen?

---

[1]) S. 257.

[2]) S. 255 Anm. 5.

Vielleicht hat Crome selbst das Unzulängliche seiner Abgrenzung empfunden, denn am Schlusse seiner Ausführungen[1], resümiert er sich dahin, daß bei der Geschäftsbesorgung die Thätigkeit des Unternehmers „regelmäßig — — in gewisser Weise in die Rechtssphäre des Bestellers oder eines Dritten hineinreichen werde." Damit aber hat er den Kreis der darunterfallenden Werkverträge ganz beträchtlich erweitert, und seine Dreiteilung erscheint noch weniger haltbar.

5. Nach einer weiteren Auslegung sollen Dienst- und Werkverträge immer dann eine „Geschäftsbesorgung" zum Gegenstande haben, wenn die Arbeitsleistung von dem Verpflichteten an Stelle des Berechtigten ausgeführt wird. So sagt Planck:[2] „Der Verpflichtete soll für den Geschäftsherrn ein Geschäft, an dessen Vornahme er thatsächlich oder rechtlich gehindert ist, im Sinne des Geschäftsherrn besorgen." Dasselbe meint wohl auch Hellmann, wenn er in einer Rezension von Schollmeyer's oben citierter Schrift, nachdem er gerügt hat, daß der Begriff der Geschäftsbesorgung von Sch. zu wenig eingehend untersucht sei, fortfährt: „Wie mir scheint, hätte die Untersuchung zu dem Ergebnis führen müssen, daß unter Geschäftsbesorgung Dienste zu verstehen sind, die lediglich die Bestimmung haben, dem Dienstberechtigten eigene Arbeit abzunehmen."[3]

Ganz wörtlich genommen, bringen uns diese Formulierungen nicht sehr viel weiter. Denn wenn man will, soll durch den Vertrag dem Arbeitsempfänger schlechthin immer „eigene Arbeit abgenommen" werden, und der Grund, einen andern zu einer Thätigkeit zu veranlassen, kann immer in der durch Thatsachen oder die Rechtsordnung geschaffenen eigenen „Verhinderung" liegen, wenigstens wofern man unter diesen Thatsachen z. B. auch körperliche oder technische Unfähigkeit, Furcht und Mangel an Vertrauen in das eigene Können, Unlust zu arbeiten u. s. w. versteht. Konziser scheint mir der Gedanke, von dem Planck und

[1]) S. 257.

[2]) Note 2 zu § 675; ihm schließt sich Albers, S. 78, an.

[3]) Krit. Viertelj.-Schrift Bd. 41 S. 22.

Hellmann ausgehen, durch Hachenburg[1]) wiedergegeben: „Es bliebe die Möglichkeit, die Geschäftsbesorgung als eine Thätigkeit an Stelle des Berechtigten zu bestimmen, während die Dienste, welche nicht Geschäftsbesorgung seien, eine Thätigkeit, an den Berechtigten enthielten. Im ersteren Falle würde eine Arbeit geleistet, welche der Empfänger der Leistung selbst hätte vornehmen sollen. In letzterem Falle läge eine Handlung vor, welche von dem Empfänger der Dienste nicht zu erwarten war." So ausgedrückt, würde sich auch diese Anschauung auf die Entstehungsgeschichte unseres § 675 berufen können. Führt der Arbeitsverpflichtete die Handlung an Stelle des Berechtigten aus, so ist ein gewisses Vertrauensverhältnis unter den Parteien notwendige Voraussetzung. Damit aber würden wir uns dem Begriff des römisch-gemeinrechtlichen Mandats wieder bedeutend nähern, und da dieses, wie oben bei Erörterung des Dernburg'schen Standpunkt ausgeführt, den Materialien zufolge für die Begriffsbestimmung des Auftrags im ersten Entwurf und, von dem Moment der Unentgeltlichkeit abgesehen, — auch im B. G. B. vorbildlich gewesen sein dürfte, so entbehrt die hier besprochene Ansicht allerdings nicht der historischen Berechtigung.

Aber der Entstehungsgeschichte einer Gesetzesbestimmung darf, wie Oertmann gelegentlich[2]) mit Recht bemerkt, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden, wenn innere Gründe dagegen sprechen. Ein solcher Grund aber muß hier einmal darin gesehen werden, daß es oft schwierig ist, festzustellen, ob der Verpflichtete an Stelle des Berechtigten oder an ihn die Arbeitsleistung vornimmt. Müßte es z. B. als Geschäftsbesorgung gelten, oder nicht, wenn A. das Gut des reichen und sehr bequemen Barons B. verwaltet? Oder unter welche der beiden Kategorien würde es fallen, wenn mir ein Gepäckträger meinen Koffer in den Bahnhof trägt? Ist der Koffer klein, so läge wohl Geschäftsbesorgung vor, denn ich selbst hätte die Arbeit vornehmen können, und der Gepäckträger handelt „an meiner Stelle." Ist der Koffer groß und schwer, so läge kein Werk-

[1]) S. 15f. Hachenburg verwirft ihn natürlich.

[2]) Note 1b zu § 241.

vertrag, „der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat," vor, denn die Arbeit war von mir nicht zu erwarten. Auf diese Weise könnte man fast dazu kommen, unsere rechtlich so bedeutsame Frage mit Hülfe der Dezimalwage zu entscheiden.

Der Haupteinwand gegen Planck ergiebt sich schon aus unserm letzten Beispiel: es fehlt an einem inneren rechtlich bedeutsamen Unterschied zwischen den beiden hier geschaffenen Arten von Arbeitsverträgen. In der That ist es rechtlich ganz irrelevant, ob ein Arzt die Frau eines Kollegen oder die eines Tierarztes entbindet, ob ein Schneider für einen erkrankten Fachgenossen oder für einen Freund, der nicht Schneider ist, einen Anzug herstellt, ob ein Anwalt einen Klienten in einem Prozeß vertritt, oder für ihn ein Gutachten anfertigt, in welchem er ihm von dem Prozeß abrät.[1])

Endlich, und das muß auch hier wieder in letzter Linie entscheiden, läßt die Anwendung auf die einzelnen Auftragsnormen auch diese Ansicht ohne Bestätigung. Einige Beispiele: A. hat von seiner Reise nach Innerafrika eine Anzahl seltene Tiere mitgebracht, die in seiner Heimatsstadt großes Aufsehen erregen. Da sich die Zahl der Schaulustigen mehrt, beschließt der zur Beaufsichtigung der Tiere angestellte N., ein Eintrittsgeld zu erheben. Obwohl von diesem A.'s Unkosten reichlich gedeckt werden könnten, würde N. nach Planck nicht verpflichtet sein, die Gelder gemäß §§ 667, 675 an A. abzuführen, da er ja nicht „an dessen Stelle" thätig ist. — Professor C. übergiebt dem geschäftskundigen D. Wertpapiere im Betrage von einer halben Million mit der Weisung, die Papiere zu verkaufen und den Erlös an die Verwaltung der Stadtbibliothek abzuführen. Zögert D. mit der Aushändigung an letztere und verwendet das Geld für sich, so könnte er ungeachtet der §§ 668, 675 inzwischen die Zinsen lukrieren. Denn von C. war der Verkauf der Papiere nicht zu erwarten, D. handelt also „an ihn", nicht „an dessen Stelle".

[1]) Die beiden letzten Beispiele stammen von Hachenburg.

6. Hellwig[1]) kommt bei Besprechung der zwischen Publikum und staatlicher Postanstalt abgeschlossenen Verträge, die seines Erachtens stets „Geschäftsbesorgungen" zum Gegenstande haben, zu dem Schluß, die schwierige Feststellung dieses Begriffes könne nur gelingen, „wenn man unter der Besorgung eines Geschäfts die Entfaltung der Thätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten" versteht, also die Thätigkeit, „welche auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (rechtlicher oder thatsächlicher Art) gerichtet ist." Daneben hält er es für selbstverständlich, daß dieser bestimmte Erfolg „auf dem Gebiete der für das Vermögen in Betracht kommenden Angelegenheiten" liegen muß. Es soll später bei Erörterung der Ansicht Cosack's, gegen den Hellwig polemisiert, untersucht werden, ob diese letzte, hier nur nebenbei aufgestellte und daher ohne Beweis gelassene Behauptung in praxi immer zu verteidigen ist.

Zu Gunsten von Hellwig's Formulierung, welcher Jaeger[2]) beipflichtet, muß soviel zugestanden werden, daß sie den Wortlaut des Gesetzes auf ihrer Seite hat. Denn der § 611 spricht von den Verpflichtungen derjenigen, der „Dienste" zusagt, § 662 dagegen behandelt nur den Fall, daß „ein Geschäft" besorgt wird, ganz analog der Eingangsbestimmung über den Werkvertrag (§ 631), der ja auch einen bestimmten Erfolg herbeiführen will, und wo von der Herstellung „des Werks" die Rede ist.

Daß aber die Abgrenzung Hellwig's großen praktischen Wert besitze, muß bezweifelt werden. Man kann sogar Bedenken tragen, ob hier überhaupt eine „Abgrenzung" im Sinne unserer Streitfrage vorliegt. Denn, das wird von Hellwig selbst zugestanden, nach seiner Deutung würde schlechthin jeder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. Will man nun nicht den Hachenburg'schen Standpunkt einnehmen, so könnte man sich hiermit noch abfinden, wenn etwa in § 675 an erster Stelle der Werkvertrag genannt wäre. Denn dann brauchte sich der

---

[1]) S. 517 Note 49.

[2]) Anm. 10 zu § 22 K. O.

Relativsatz „welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat", nur auf die Dienstverträge zu beziehen, und die Annahme, als sollten die in § 675 angezogenen Auftragsnormen auf alle Werkverträge anwendbar sein, wäre wenigstens grammatikalisch mit der Fassung des § vereinbar. Wie die Vorschrift aber nun einmal lautet, kommt man nicht um die Thatsache herum, daß in § 675 zwischen zwei verschiedenen Arten auch der Werkverträge unterschieden werden soll.[1] Doch streng genommen wäre nach Hellwig auch für jeden Dienstvertrag der Fall des § 675 gegeben. Denn wer die Dienste eines andern in Anspruch nimmt, will auch nichts anderes, als „die Entfaltung der Thätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten." Hier liegt eben nur die Grenze zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag, die Hellwig treffend folgendermaßen bestimmt: „Wird gegen Entgelt die Besorgung eines Geschäfts übernommen, so liegt ein Werkvertrag vor, wenn die Gegenleistung nur bei Erreichung des bestimmten Erfolges geschuldet sein soll, dagegen ein Dienstvertrag, wenn die Entfaltung der Thätigkeit, also der ordnungsmäßige Versuch, jenen Erfolg herbeizuführen, genügt."

Jedenfalls müßte nach Hellwig auch nahezu jeder Dienstvertrag „eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben", sobald nur der Dienstempfänger die Gegenpartei zur Erfüllung ihrer vertragsmäßigen Pflichten anhält. Vorher hat aber die Lösung unserer Streitfrage auch nur ein rein theoretisches Interesse. Wenn irgend ein Sonderling einen Bedienten mietete und von demselben niemals auch nur die geringste Arbeit verlangte, so könnte es den Parteien ganz gleichgültig sein, ob der Vertrag schon durch seinen Abschluß dem § 675 unterläge. Dagegen wäre es für sie beispielsweise von großem Wert, zu erfahren, ob der Bediente, der für seinen Herrn Einkäufe macht, seine Aufwendungen zurückverlangen könnte, oder nicht (§§ 670, 675). Wollte er sich zur Begründung eines dahin gehenden Anspruchs mit Hellwig darauf berufen, daß durch seine Thätigkeit ja eine

[1]) Daher gegen Hellwig auch Staudinger, Note 2a. E. zu § 675.

bestimmte Angelegenheit oder eine Mehrheit solcher erledigt sei, so wäre darauf zu erwidern, daß dieses Argument schlechterdings jedem Dienstverpflichteten zur Seite stehe, er also damit noch nicht bewiesen habe, daß gerade seine Leistung im Gegensatz zu andern Diensten unter § 675 falle.

Wie sich endlich Hellwig's Ansicht in der Praxis bewähren würde, mag auch durch folgendes Beispiel illustriert werden. Die beiden Engländer Smith und Brown, die sich auf einer Gebirgstour im bayrischen Oberland befinden, bemerken an einer Felswand einen Adlerhorst. Sofort schließen sie eine Wette. Smith stellt fest, daß es genau 4 Uhr nachmittags ist, und behauptet, spätestens um 6 Uhr werde einer der auf einer benachbarten Alm beschäftigten Bauernburschen bis zum Horst emporgeklettert sein. Brown bestreitet das; die Wettsumme beträgt 25 Pfund Sterling. Da auf eine Anfrage die Burschen allesamt gegen Zusicherung eines guten Lohnes bereit sind, wählt Smith einen derselben, den Sepp, aus, und die Wette wird zum Austrag gebracht. — Die Erfordernisse, die Hellwig verlangt, damit eine Thätigkeit als „Geschäftsbesorgung" bezeichnet werden könne, liegen hier unzweifelhaft vor: es ist ein Werkvertrag geschlossen, und der bestimmte Erfolg liegt auch „auf dem Gebiete der für das Vermögen in Betracht kommenden Angelegenheiten." Welches sind nun aber die praktischen Folgen? Einmal müßte Sepp, wenn er den Horst erreichte, und, wie verabredet, zum Beweise seiner Leistung daraus die jungen Vögel entnähme, diese dem Smith als seinem „Geschäftsherrn" herausgeben (§§ 667, 675). Noch weniger würde die Anwendung der §§ 671 Abs. 2, 675 auf diesen Fall befriedigen. Vorausgesetzt wäre hierfür freilich, daß Sepp sich ausbedungen hätte, das Vertragsverhältnis jederzeit ohne Weiteres auflösen zu dürfen. Gesetzt nun, er kehre, nachdem er bereits einen beträchtlichen Teil des Weges zurückgelegt, plötzlich um und erkläre dem erstaunt fragenden Smith, er habe das Ziel wohl in der bedungenen Frist erreichen können, er wolle aber den vereinbarten Lohn nicht verdienen. Smith wird dann die Wette infolge der unzeitigen Kündigung Sepp's verlieren, denn einen

anderen Burschen auszuschicken, gestattet die Zeit nicht mehr. Sepp würde ihm jedoch nach Hellwig allen Schaden, daher namentlich auch die an Brown verlorenen 500 Mark, zu ersetzen haben.

Wenn andrerseits A. seine geisteskranke Tochter B. in die Anstalt des Dr. C. verbringt, so würde Hellwig C.'s Thätigkeit wahrscheinlich nicht als „Geschäftsbesorgung" bezeichnen. Dennoch paßt hier ein großer Teil der in § 675 angezogenen Auftragsnormen. § 663: A. trifft C. nicht zu Hause an, läßt aber die Geisteskranke trotzdem in der Anstalt zurück. C., der später heimkommt, lehnt die Aufnahme der B. ab, ohne dem A. davon unverzüglich Mitteilung zu machen. Dieser hat, im Glauben, sein Kind gut untergebracht zu haben, eine größere Reise angetreten und wird nun plötzlich telegraphisch davon in Kenntnis gesetzt, daß die B. sofort aus C.'s Anstalt abzuholen sei. Die Mehrkosten, die ihm durch die Unterbrechung der Reise u. s. w. infolge C.'s Nachlässigkeit entstehen würden, hätte dieser nach Hellwig nicht zu tragen. — § 665: Uebernimmt C. die Behandlung der B., so müßte er sich in jedem Falle genau an die von A. erteilten, wenn auch ganz unsachgemäßen Weisungen halten. — § 660: A. hätte keinen Anspruch auf Benachrichtigung und Auskunft. — § 667: C. sucht das Leiden der B. u. a. dadurch zu heilen, daß er sie Handarbeiten anfertigen läßt. Den aus dem Verkauf derselben erzielten Erlös brauchte er nicht herauszugeben. — § 668: Ebensowenig wäre er gehalten, diesen Erlös, soweit er ihn für sich verwendet, zu verzinsen. — § 670: C. verordnet für die B. tägliche, ausgedehnte Wagenfahrten. A. wäre nicht verpflichtet, die Kosten hierfür zu erstatten (noch), gemäß § 669 hierfür Vorschuß zu leisten).

7. Endemann [1]) will den Begriff „Geschäftsbesorgung" (und zwar, wie aus seinen Ausführungen in § 177 sub Ziff. 1c hervorgeht, sowohl im Sinne des § 662, wie des § 675) „im weitesten Sinne sowohl als Rechtsgeschäft, wie auch als jede andere dem Gebiete des bürgerlichen Rechts angehörige Leistung verstanden wissen."

[1]) § 117,1.

Die Definition erscheint trotz ihrer allgemeinen Fassung, die ihre praktische Verwertbarkeit in Frage stellen dürfte, als zu eng. Denn danach wären, wie Isay[1]) schon richtig hervorgehoben hat, z. B. die Prozeßhandlungen, die Endemann selbst gewiß nicht hat ausschließen wollen,[2]) nicht unter die Geschäftsbesorgungen zu subsumieren. Das ist natürlich nicht angängig.

Uebrigens erhebt Endemann selbst keinen Anspruch darauf, unsere Streitfrage erschöpfend behandelt zu haben, behält sich vielmehr eine eingehende Darstellung ausdrücklich für später vor.[3])

8. Von einem völlig neuen Gesichtspunkt aus geht Cosack an die Beantwortung unserer Frage. Während nämlich die Autoren, deren Ansichten wir bisher erörterten, sämtlich einer Lösung dadurch näher zu kommen suchten, daß sie die Thätigkeit des Verpflichteten teils nach persönlichen Eigenschaften desselben, teils nach ihrem Inhalte in verschiedene Arten zerlegten und eine davon als „Geschäftsbesorgung" bezeichneten, schlägt Cosack den Weg ein, daß ihm die rechtliche Bedeutung dieser Thätigkeit für den Arbeitsempfänger die unterscheidenden Merkmale liefert. Er sagt[4]): „Hierher (sc. zu den „geschäftlichen" Dienstverträgen) gehören alle Dienstverträge, die auf eine „Geschäftsbesorgung", — d. h. entweder auf den Abschluß eines Rechtsgeschäfts oder doch rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührenden Thätigkeit — gerichtet sind."[5]) Als Beispiele solcher geschäftlichen Dienstverträge nennt er die der Rechtsanwälte, der Fabrikarbeiter und des Gesindes, als Beispiele nicht-geschäftlicher die der Aerzte, der Hauslehrer, der Vorleser.

Neu ist diese Formulierung zwar nur, soweit sie rein thatsächliche Arbeitsleistungen betrifft. Doch läßt sich kaum be-

---

[1]) S. 44.

[2]) Cfr. Note 7 zu § 172.

[3]) Note 5 zu § 177.

[4]) § 143, II, 1.

[5]) Cosack spricht hier freilich nur von Dienstverträgen, dasselbe nimmt er natürlich aber auch für Werkverträge an (Cfr. § 147, II, 2 seines Buches).

streiten, daß ihre praktische Brauchbarkeit die der vorher besprochenen entschieden übertrifft. Denn ganz offenbar setzt ein Teil der Auftragsnormen ein vermögensrechtliches Interesse an der Ausführung der Arbeitsleistung unbedingt voraus. Wäre dem nicht so, so würde dem Dienstverpflichteten und Unternehmer beispielsweise in Bezug auf Abweichungen von den Vorschriften des Berechtigten sicherlich eine freiere Stellung eingeräumt, er mindestens von der Verpflichtung einer vorherigen Anzeige befreit worden sein (§ 665). Auch der Anspruch des Arbeitsempfängers auf Rechenschaft (§ 666) ist gewiß nur oder doch vor allem gegeben, um ihn vor Vermögensschaden zu schützen, die Vorschrift des § 668 erhält überhaupt allein unter dieser Voraussetzung einen Sinn, wie die §§ 671 Abs. 2, 672, 673 zweifellos ebenfalls in erster Linie vermögensrechtliche Wirkungen der Vertragsauflösung regeln sollen.

So könnte man gegen Cosack's Formulierung wenig einwenden, indessen dürfte auch sie nicht erschöpfend sein. Sie bezeichnet zwar eine Art thatsächlicher Arbeitsleistungen, auf welche die Bezeichnung „Geschäftsbesorgung" sehr wohl paßt. Wenn damit aber gesagt sein soll, daß alle anderen Arten auszuschließen seien, so würde man auch hier in praxi zu unbefriedigenden Resultaten gelangen. Wir sahen schon oben, in den Beispielen auf S. 24ff., daß sich die Anwendung des § 675 auf die ärztliche Berufsarbeit, nach Cosack ein Prototyp „nichtgeschäftlicher" Thätigkeit, durchaus rechtfertigt. Auch diese Fälle sind nicht vereinzelt. Ich bin durchaus Riezler's Ansicht,[1]) wenn er behauptet: „Der Richter käme mit dem Rechtsgefühl der Allgemeinheit und mit der Verkehrssitte (§ 157) in schweren Widerspruch, der den Arzt, welchem sein Patient mitteilt, daß er in den nächsten Tagen zu ihm reisen werde, um sich operieren zu lassen, nicht für verpflichtet erachtete, es dem Patienten unverzüglich mitzuteilen (§ 663), wenn er die Operation nicht vornehmen will." —

§ 667: Ein Zahnarzt wäre nach Cosack nicht verpflichtet, seiner Patientin den Zahn, den er ihr auszieht und welcher für

[1]) S. 77.

sie zwar keinen Vermögenswert, wohl aber vielleicht einen gewissen Affektionswert besitzt, herauszugeben. — Eine Stadtverwaltung läßt auf ihre Kosten die Schulkinder durch den Kreisphysikus impfen. Darf derselbe die ihm gelieferte Lymphe, soweit er sie nicht verbraucht, behalten? Nach Cosack wird man die Frage trotz §§ 667, 675 wohl bejahen müssen, denn man wird nicht sagen können, daß die Dienste des Arztes rechtlich das Vermögen der Dienstempfängerin berühren. — §§ 661, 675: Ein berühmter Spezialist erhält das Schreiben eines ihm Unbekannten aus einer entfernten Stadt, worin dieser ihn bittet, einen seiner schwer erkrankten Angehörigen zu untersuchen. Man wird dem Arzt, der die Vertragsofferte annimmt, billigerweise das Recht auf Vorschuß aus § 669 zusprechen müssen.

§§ 670, 675: Erscheint er am Krankenlager, so würde er, falls nichts anderes vereinbart, nach Cosack nur das ausbedungene Honorar, nicht einen Ersatz der Reisekosten, der Auslagen für notwendige Telegramme u. s. w. verlangen können. Auch das widerspricht nicht nur der allgemeinen Rechtsempfindung, sondern auch der Verkehrsanschauung. —

Auch die §§ 672 und 673 passen durchaus für Fälle, in welchen nicht die Rede davon sein kann, daß der Arbeitsempfänger ein vermögensrechtliches Interesse an der Thätigkeit des andern Teils habe. Wenn A. seine kranke Frau in der Privatklinik des Professors B. unterbringt, so bleiben B.'s Rechte und Pflichten durch den Tod des A. unberührt. Soll der Vertrag aber nach ausdrücklicher Vereinbarung mit dem Tode des A. erlöschen, so hat der Arzt billigerweise doch wohl gemäß § 672 Satz 2 zu verfahren, ebenso wie, wenn er stirbt, sein Erbe sicherlich die Verpflichtungen aus § 673 Satz 2 übernehmen muß.

§§ 674, 675: Hier mag gegen Cosack das Beispiel Hachenburg's [1]) angeführt werden: „Der Arzt, der seinen in der Nachbarschaft wohnenden Patienten tot antrifft, berechnet den Besuch trotzdem."

[1]) S. 30.

9. Der Mangel der Cosack'schen Begriffsbestimmung liegt sonach darin, daß eine Reihe von Thatbeständen, die der Gesetzgeber offenbar hat mitberücksichtigen wollen, von ihr nicht umfaßt wird. Das wird außer von Riezler[1] auch von Oertmann[2] betont. Er meint, es komme nicht sowohl darauf an, daß die Geschäftsführung *rechtlich* das Vermögen des Geschäftsherrn berühre, als daß sie für diesen *ein wirtschaftliches Resultat* mit sich bringe.[3] Im Gegensatz zu Isay,[4] der der Meinung ist, eine sachliche Divergenz beider Auffassungen liege im Grunde genommen hier nicht vor, möchte ich der Oertmann'schen Formulierung vor der Cosack's den Vorzug geben.

In der That wird eine wirtschaftlich für den Dienst- oder Werkempfänger bedeutsame Arbeitsleistung keineswegs immer von rechtlicher Relevanz für sein Vermögen sein. Oertmann weist mit Recht auf die Inkonsequenz Cosack's hin, der auch die Thätigkeit des Gesindes ein für allemal als eine „geschäftsbesorgende" in seinem Sinne bezeichnen will. Aber wenn der Kutscher seinen Herrn spazieren fährt, die Dienstmagd die Betten macht und so in den meisten Fällen, so wird das Vermögen des Dienstherrn rechtlich ganz und gar nicht berührt.

Als Arbeitsverträge, deren Gegenstand keine „Geschäftsbesorgung" sei, sieht Oertmann in Uebereinstimmung mit Cosack z. B. die mit dem Arzt oder dem Hauslehrer abgeschlossenen an. Er giebt aber noch ein zweites Unterscheidungsmerkmal: es müsse, damit der Fall des § 675 als gegeben angenommen werden könne, „zugleich auch dem Dienstpflichtigen wirklich die Besorgung eines Geschäfts, nicht nur eine *unselbständige Hilfsleistung* dabei überlassen" sein. Zur Erläuterung stellt er den mit der vertretungsweisen Leitung und Beaufsichtigung von Arbeiten betrauten Werkmeister dem gewöhnlichen Handarbeiter

---

[1]) S. unten sub Ziff. 10.

[2]) Note 1b zu § 675.

[3]) Auch bei Staudinger, Note 2 zu § 675 wird als entscheidendes Moment die wirtschaftliche Bedeutung der Dienste für einen andern, den Geschäftsherrn, genannt.

[4]) S. 45.

gegenüber, der unter der unmittelbaren Leitung des Geschäftsherrn Handreichungen leistet. Der Sprachgebrauch dürfte Oertmann hier Recht geben. Doch einmal wird es nicht immer leicht sein, eine Grenze zwischen beiden Kategorien von Arbeitsleistungen zu ziehen. Zu welcher gehört z. B. die der Köchin, die in Gemeinschaft mit der Hausfrau das Mittagessen zubereitet, oder die des Privatsekretärs, welchem der Dienstherr zwar den Inhalt eines von ihm zu schreibenden Briefes genau angiebt, dessen selbständiger Entscheidung aber die Wahl der stilistischen Einzelheiten überlassen bleibt? – Die Unterscheidung wird aber auch in Anwendung auf § 675 kaum ihre Rechtfertigung finden. Gesetzt, der Baumeister B. wird von einer Anzahl Erdarbeiter um Beschäftigung angesprochen. Er kann sie zur Zeit nicht verwenden, vertröstet sie jedoch auf später, und als er am nächsten Tage verschiedene sehr dringliche Aufträge erhält, teilt er den Arbeitern mit, sie möchten sich am Montag der folgenden Woche auf einem bestimmten Bauplatz einfinden. Die Arbeiter erscheinen nicht, und B., dem sie keinerlei Nachricht gegeben hatten, gerät dadurch in große Verlegenheit. Weshalb sollen sie nicht zum Ersatz des negativen Interesses aus §§ 663, 675 verpflichtet sein? — Ebensowenig ist ersichtlich, warum beispielsweise die §§ 667, 675 bei unselbständigen Leistungen der Verpflichteten ausgeschlossen sein sollen. Wenn ich meiner Dienstmagd zur Bezahlung einer Rechnung beim Kaufmann 20 Mark gebe, so hat sie unzweifelhaft die eine Mark, die ihr mein Gläubiger als Rabatt zurückzahlt, mir herauszugeben, ganz ebenso, wie der selbständige Leiter meines Filialgeschäftes die Skonti, welche ihm von seinen Warenlieferanten gewährt werden, nicht für sich verwenden darf, sondern sie zu meinen Gunsten buchen muß. – Oertmann[1]) bestreitet – m. E. mit vollem Recht — die Herausgabepflicht nach § 667, wenn das durch die Geschäftsbesorgung Erlangte als persönliche Zuwendung an den Arbeitsverpflichteten anzusehen ist.[2]) Doch ist nicht ersichtlich, warum so nur dann entschieden werden soll, wenn es sich um die Leistungen von

[1]) Note 1c zu § 667.

[2]) A. M. Cosack, § 144, II, 5c und Meißner, Note 2 zu § 667.

Werkmeistern, Vertretern und anderen mit einer freieren Stellung dem Geschäftsherrn gegenüber Ausgestatteten handelt (also z. B. in dem Falle, daß der Staat dem in einer Fabrik beschäftigten Chemiker als Anerkennung für eine zu Gunsten seines Prinzipals gemachte Entdeckung eine Prämie zuerkennt.) Oertmann erwähnt a. a. O. ja selbst als typisches Beispiel für solche Zuwendungen, auf die sich die Herausgabepflicht nicht erstrecke, das Trinkgeld, das doch sicherlich in den weitaus meisten Fällen unselbständigen Hülfsarbeitern gewährt wird.

10. Riezler[1]) will das Cosack'sche Prinzip der Abgrenzung dahin erweitern, daß er als Geschäftsbesorgung außer der Thätigkeit rechtsgeschäftlichen Charakters und den Handlungen, die das Vermögen des Arbeitsempfängers rechtlich berühren, alle Leistungen bezeichnet, die „in Ausübung eines auf Vornahme von Handlungen solcher Art gerichteten Berufes" vorgenommen werden. Er rechnet hierher u. a. die Thätigkeit des Zahnarztes und die des Berufssängers, der bei einem Musikfeste ein Solo übernommen hat. Als Beispiele für Fälle, in denen nach alledem von Geschäftsbesorgung nicht gesprochen werden könne, führt er an: wenn jemand, ohne zünftiger Zeitungsschreiber zu sein, gegen ein Honorar einen Artikel schreiben, oder wenn ein Dilettant gegen eine Vergütung in einem Konzert oder Schauspiel auftreten soll.

Riezler erklärt zur Begründung dieses seines Standpunkts, die Anwendung einiger der Auftragsregeln auf die Fälle der zuletzt erwähnten Art würde einen Verstoß gegen die Billigkeit bedeuten. „Soll etwa der Dilettant, der unter Vorbehalt des Kündigungsrechts ohne Einhaltung einer Frist bei einem Streichquartett mitzuwirken versprochen hat, sich aber im letzten Momente nicht zu spielen getraut und absagt, verpflichtet sein, dem Impresario, der ihn aufgefordert hat, nach § 671 Abs. 2 den Schaden zu ersetzen, den dieser durch den Ausfall des Konzerts erleidet?" M. E. muß man die Frage ganz entschieden bejahen, denn es kommt für den Impresario nicht das Geringste darauf an, ob er den Verlust einem Dilettanten oder einem Berufs-

[1]) S. 77.

musiker zu verdanken hat. Immerhin dürfte dieses Beispiel noch nicht unbedingt gegen Riezler sprechen, da es nicht besonders glücklich gewählt erscheint. Denn die Thätigkeit des Dilettanten berührt ja rechtlich das Vermögen des „Bestellers", sie ist also auch nach Riezler Geschäftsbesorgung und unterliegt daher in jedem Falle dem § 675 und demgemäß hier auch dem § 671 Abs. 2.

Riezler hat sich vielleicht durch den § 663 dazu bestimmen lassen, unterschiedslos jede Thätigkeit des Dienst- oder Werkschuldners unter den Begriff der Geschäftsbesorgung zu subsumieren, wofern sie nur berufsmäßig ausgeübt wird. Durch diese Definition würde aber nur Satz 1, nicht auch Satz 2 des genannten Paragraphen gedeckt. Hier versagt denn auch Riezler's Abgrenzung. Die unverehelichte Näherin F. erfährt, daß G., der einzige Rechtsanwalt des Ortes, im Gasthof eine ehrverletzende Bemerkung über sie gemacht hat. Sie erinnert sich, daß der Dorfschullehrer H. ihr kurze Zeit vorher seine Dienste in allen Rechtssachen angeboten hat, und wendet sich jetzt an diesen, indem sie ihm kurz den Thatbestand mitteilt und ihren Besuch für einen der nächsten Tage anmeldet. H. läßt nichts von sich hören, der F. erklärt er jedoch bei ihrem Eintreffen, daß er sich nicht getraue, etwas gegen G. zu unternehmen. Die F. hat nicht nur einen vollen Arbeitstag versäumt, sondern auch den weiten Weg nach H.'s Dorf teilweise mit der Post zurücklegen müssen. Warum soll H. hier weniger schadensersatzpflichtig sein, als wenn er beispielsweise Winkelkonsulent wäre und seine Dienste öffentlich in den Kreisblättern angeboten hätte? — A. giebt sein etwas schwächliches Kind zu dem Förster B., der ein einsames Haus mitten im Walde bewohnt. Weder B., noch seine Frau besitzen, da selbst kinderlos, die geringsten pädagogischen Erfahrungen, noch weniger haben sie sich jemals berufsmäßig mit der Erziehung körperlich zurückgebliebener Kinder befaßt. Dennoch wird man dem A., der sein Kind nur selten besuchen kann, das Recht auf Benachrichtigung und Auskunft aus §§ 666, 675 nicht versagen wollen.

Auch im entgegengesetzten Sinne hält Riezler's Grenz-

ziehung die praktische Probe nicht aus. Der regierende Fürst P. „beauftragt" den Dichter R., gegen ein ansehnliches Honorar zur Einweihung des Hoftheaters ein Schauspiel zu schreiben, das einen Vorgang aus der Geschichte des fürstlichen Hauses zum Inhalt haben solle. Die Thatigkeit R.'s ist zwar kein Rechtsgeschäft, noch berührt sie rechtlich das Vermögen des Fürsten, da sie aber in den Kreis der Berufsarbeit R.'s fällt, würde sie nach Riezler als Geschäftsbesorgung zu gelten haben. Steht es schon mit den gemeingültigen Anschauungen in Widerspruch, daß R. nach §§ 670, 675 berechtigt sein soll, für notwendige Aufwendungen, — man denke etwa an Vorarbeiten in auswärtigen Archiven —, einen Ersatzanspruch geltend zu machen oder gar nach §§ 669, 675 einen Vorschuß hierfür zu verlangen, so erscheint namentlich die Vorschrift des § 667 hier unanwendbar. Denn dann wäre R. verpflichtet, sämtliche durch die Aufführung des Werkes am Hoftheater erhaltenen Tantiemen an die fürstliche Privatschatulle abzuführen.

11. Der Ansicht Cosack's will sich in ihrem ganzen Umfange Isay[1]) anschließen.[2]) Doch sagt er: „Indessen ist die Cosack'sche Formulierung in anderer Beziehung vielleicht geeignet, eine falsche Vorstellung zu erwecken, nämlich die, das Vermögen des Geschäftsherrn müsse den unmittelbaren Gegenstand der Thätigkeit des Gestors bilden, wenn diese als „geschäftliche" bezeichnet werden solle. Das ist natürlich nicht erforderlich. Ob der Rechtsanwalt eine Civilklage oder eine Privatklage erhebt, in beiden Fällen ist seine Thätigkeit Geschäftsführung."

Isay ist der Meinung, daß auch Cosack so weit habe gehen wollen, und sucht dieses durch eine andere Stelle aus Cosack's Buch (§ 115 I 1) zu belegen. Hier ist aber die Rede von der negotiorum gestio, und es wäre zunächst zu beweisen, daß Cosack die „Geschäftsbesorgung" des § 675 und die des § 677 begrifflich gleichstellt. Aber bei seiner klaren und nicht mißzuverstehenden Definition des Ausdrucks „Geschäftsbesorgung" in § 675 spricht gerade die Wahl des zur neg. gestio gegebenen

[1]) S. 44 f.

[2]) Außerdem Eck in der vorerwähnten Rezension Crome's.

Beispiels (A. besorgte für seinen vom Schlage gerührten Freund B. eine Krankenpflegerin) viel eher gegen jene Annahme Isay's, denn niemand wird hier an eine, wenn auch nur mittelbare rechtliche Beziehung zwischen der Thätigkeit des Dienstleistenden und dem Vermögen des Dienstempfängers denken.

In Wirklichkeit hat Isay durch seine oben wiedergegebene Formulierung den Kreis der Handlungen, die unter den Begriff der „Geschäftsbesorgung" im Sinne des § 675, fallen, gegenüber Cosack entschieden erweitert. Daß er damit dem vom Verfasser selbst in der Frage eingenommenen Standpunkt sehr nahe kommt, wird aus dem Folgenden erhellen.

§ 3.

Die eine Erkenntnis läßt sich m. E. aus dem Streit der Meinungen mit einiger Sicherheit schöpfen, daß man, um zu einem brauchbaren Ergebnis zu gelangen, von dem Cosack'schen Gedanken ausgehen muß. Andrerseits werden die Ausführungen auf S. 26 ff. ergeben haben, daß Cosack's Standpunkt der Erweiterung nicht entraten kann. Den Versuchen hierzu, soweit sie von Oertmann und Riezler ausgehen, kann ich jedoch aus den dargelegten Gründen nicht folgen. Der Kreis der Arbeitsleistungen, die sich als „Geschäftsbesorgungen" charakterisieren, scheint mir auch durch sie nicht völlig erschöpft.

Ich bin vielmehr der Ansicht, daß hierher schlechthin jede Thätigkeit gezählt werden muß, *die für den Arbeitsberechtigten oder einen Dritten entweder als notwendig oder doch wenigstens als nützlich zu bezeichnen ist*. Es ist also nicht nur das Vermögen, wie Cosack will, das rechtlich durch die Thätigkeit berührt werden muß, sondern dieselbe kann auch zu Gunsten irgend welcher anderer Individualgüter, z. B. des Lebens, der Gesundheit, der Ehre, der Familienrechte u. s. w. entfaltet werden.[1]) So würde ich den Vertrag mit dem Rechtsanwalt *immer* unserem § 675 unterstellen, einerlei, ob derselbe einen Wechselprozeß führen oder eine Privatklage oder eine Klage aus § 1300 oder eine solche auf Scheidung entwerfen soll. Nicht weniger ist es

[1]) Vielleicht wollen die Kommission für die 2. Lesung (s. oben S. 4) und Crome (s. oben S. 18) nichts anderes ausdrücken.

Geschäftsbesorgung, wenn er für den wegen Zweikampfs zu Festungshaft verurteilten reichen Lebemann, Grafen N., ein Gnadengesuch verfaßt, oder wenn der Fabrikbesitzer A. den B. beauftragt, an die streikenden und die Fabrikgebäude bedrohenden Arbeiter eine beschwichtigende Ansprache zu halten, obwohl in beiden Fällen die Freiheit, nicht das Vermögen des Arbeitsempfängers in Frage kommt.

Als Geschäftsbesorgung möchte ich aber auch die Thätigkeit des Arztes auffassen, ferner die des Erziehers, des Kutschers, der mich zum Bahnhof fährt, des Barbiers, der mich rasiert, des Bademeisters, der mich auf meinen Hülferuf aus dem Wasser zieht, des Sprachlehrers, der dem nach London engagierten jungen Kaufmann Unterricht im Englischen erteilt, kurz, sobald nur bei einem Dienst- oder Werkvertrag das oben erwähnte Kriterium vorliegt.

Daß diese Auffassung des Begriffes „Geschäftsbesorgung" nicht durchgehends in Einklang steht mit der Ausdrucksweise des gewöhnlichen Lebens, soll nicht geleugnet werden. Aber demgegenüber darf zu ihren Gunsten der jenen Nachteil wohl überwiegende Vorzug geltend gemacht werden, daß sie in ihrer praktischen Anwendung, wie mir scheint, nirgend zu unbefriedigenden Resultaten führt.

Zum Beweise hierfür, namentlich, was die ärztliche Berufsthätigkeit betrifft, kann auf die oben in § 2 verstreuten Beispiele hingewiesen werden. Indessen dürfte es, um den hier vertretenen Standpunkt zu begründen, nicht genügen, positiv an praktischen Anwendungsfällen seine Berechtigung darzuthun, wichtiger ist vielmehr noch der Nachweis, daß umgekehrt die hiernach ausgenommenen Arbeitsverträge dem § 675 nicht wohl unterstellt werden können.

Daß die Zahl dieser Verträge außerordentlich gegen die der andern, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, zurückbleiben muß, ist nach Vorstehendem einleuchtend. Denn es sind ja nicht nur alle auszuscheiden, die irgend welche realen Interessen des Arbeitsempfängers fördern wollen, also die „egoistischen" Arbeitsverträge i. e. S., sondern auch alle, die

einem Dritten zu gute kommen, wofern nur die Leistung für den Dritten notwendig oder doch nützlich genannt werden muß. Läßt also z. B. A. durch den Architekten B. ein Krankenhaus errichten, so liegt selbstverständlich ein Werkvertrag im Sinne des § 675 vor, nicht anders, als wenn er den Bau eines Geschäftshauses für sich in Bestellung gegeben hätte.

Welche Arbeitsverträge nun haben nach alledem keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande? Es sind die wenigen, die sei es zu Gunsten rein wissenschaftlicher, künstlerischer oder politischer Interessen oder aus Gründen der Religion und Moral, sei es um nicht ernsthafter Zwecke willen, aus Lust am Genießen, aus Freude am Sport u. s. w. abgeschlossen werden. Es sind m. a. W. alle, deren Erfüllung unterbleiben darf, ohne den Berechtigten oder einen Dritten am Vermögen, an der Gesundheit, Ehre oder einem andern der oben aufgeführten Güter zu schädigen.

Beispiele solcher Verträge finden sich schon im Vorher gehenden.[1]) Hier soll jedoch noch an einigen anderen die praktische Probe gemacht und dabei zugleich der Nachweis versucht werden, daß es für die Feststellung des Begriffs „Geschäftsbesorgung" weder auf die Persönlichkeit des Verpflichteten noch auf die Art seiner Leistung ankommt, daher Cosack's Ansicht im Prinzip richtig ist.

§§: 663, 675: Der Literaturverein zu N. ersucht den Schriftsteller M. einem früheren Anerbieten desselben zufolge, bei einem Vereinsfest ungedruckte Manuskripte vorzulesen. — A. bittet den Pfarrer B., die Leichenrede am Grabe seiner, A.'s, Frau zu halten. — C. bestellt die beiden Preisringer D. und E., die sich für Geld produzieren, zur Unterhaltung seiner Gäste auf seine Villa. —

M., B., D. und E. würden, wenn sie der Verpflichtung aus § 663 nicht nachkämen, gewiß nicht auf das negative Vertragsinteresse haftbar gemacht werden können, wohl aber D. und E. im letzten Beispiel, wenn etwa C. Schaubudenbesitzer wäre

[1]) Cfr. S. 13, 15f, 17, 23f., 32.

also aus ihrer Thätigkeit einen materiellen Vorteil ziehen würde.

§§ 665, 677: Ein wissenschaftliches Institut beauftragt den Professor F., die physiologische Wirkung eines Giftes auf die Herzthätigkeit verschiedener Tiere zu untersuchen. Dehnt F. seine Forschungen, die keine interessanten Ergebnisse liefern, auf andere Tiere aus, so geschieht das auf seine Kosten und Gefahr, auch wenn er annehmen darf, daß das Institut die Abweichung billigen würde, und wenn die Versuche später nur unter Schwierigkeiten ausgeführt werden könnten. — Läßt dagegen H. durch Dr. F. eine unbedeutende Operation an sich vornehmen, und findet letzterer, während H. in der Narkose liegt, daß ein weiterer Eingriff unverzüglich notwendig ist, so kann er diesen, ohne erst H.'s Entschließung abzuwarten, sofort vornehmen.

§§ 666, 675: Der Sozialistenklub zu K. schickt den Genossen L. gegen Gewährung von Diäten als Delegierten auf den Parteitag. Der Klub hat während der Tagung keinen Anspruch auf Nachrichten und Auskunft. — Umgekehrt, wenn eine Gruppe von Financiers einen Bevollmächtigten in die Hauptstadt schickt, damit derselbe dort den Verhandlungen über die Gründung eines industriellen Unternehmens, bei welchem jene beteiligt sind, beiwohne.

§§ 667, 675: Verschiedene Mitglieder der Studentenverbindung M. beschließen in vorgerückter Stunde, das Schild ihrer Stammkneipe vor das Universitätsportal hängen zu lassen. Sie händigen zu diesem Zweck ihrem Kouleurdiener N. eine Belohnung von 10 Mark aus und ermächtigen ihn, das Erforderliche zur Ausführung des Planes zu veranlassen. N. findet zwei Arbeiter, die gegen Zahlung von 5 Mark bereit sind, das Schild umzuhängen. Muß nun N., falls die Arbeiter den den Vertrag nicht erfüllen, seinen Anspruch gegen dieselben an die Verbindung abtreten? Man wird die Frage verneinen müssen, wie sie zu bejahen wäre, wenn etwa der Student O.

dem R. die 10 Mark ausgehändigt hätte, damit er zwei Arbeiter für seinen, O.'s, Umzug miete.[1])

§§ 671 Abs. 2, 675: Der Rentner P. hat mit dem Fuhrwerksbesitzer O., dessen Droschke vor seinem Hause ihren Stand hat, ein Abkommen getroffen, wonach O. ihn jeden Morgen eine Stunde lang im Park spazieren fahren muß. Beide Teile haben sich das Recht vorbehalten, das Vertragsverhältnis jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen. Macht nun O. von dieser Befugnis eines Tages ohne Grund Gebrauch, und kommt P., da ein anderes Fuhrwerk weit und breit nicht aufzutreiben ist, dadurch um seine Spazierfahrt, so ist einleuchtend, daß § 671 Abs. 2 hier nicht angewendet werden kann. P. müßte ja seinen Schadensersatzanspruch substantiieren, was offenbar unmöglich. — Ist dagegen P. kränklich, und bedeutet die tägliche Spazierfahrt für ihn eine Notwendigkeit, so würde, wenn durch die unzeitige Kündigung des O. eine Verschlimmerung des Leidens einträte, der Fall des § 671 Abs. 2 sehr wohl gegeben sein. Ebenso, wenn P. nicht ein Rentner, sondern etwa ein Arzt wäre, der, statt sich ein eigenes Fuhrwerk zu halten, ein für allemal das des O. benutzte, oder ein Kaufmann, der täglich kleinere Geschäftstouren in die Umgebung machte.

Der Wert der hier versuchten Lösung unseres Problems, die alles auf den praktischen Zweck der Arbeit *für den Berechtigten oder einen Dritten* abstellt, wird wieder in Frage gestellt mit Rücksicht auf die Thatsache, daß einige der in § 675 für anwendbar erklärten Auftragsnormen ganz augenscheinlich zum Schutz *des Verpflichteten* gegeben sind, so §§ 669, 670 und 674 und wenigstens teilweise § 673. Alle diese Vorschriften würden hiernach dem Verpflichteten nicht zur Seite stehen, sobald seine Leistung nach der vorstehend entwickelten

[1]) Das Beispiel mag übrigens, ebenso wie das S. 13 angeführte, als Beweis dafür dienen, daß nach der hier verteidigten Auslegung auch die Arbeitsverträge, bei denen der Verpflichtete eine *Rechts*handlung vornehmen soll, nicht unbedingt eine „Geschäftsbesorgung" zum Gegenstande haben. Vielmehr müssen auch hier die oben aufgestellten Kriterien vorliegen.

Ansicht nicht als „Geschäftsbesorgung" bezeichnet werden kann. Darin liegt, wie zugegeben werden soll, ein Mangel unserer Formulierung; indessen ist die Bedeutung desselben in praxi doch äußerst gering, er wird sogar in den meisten Fällen überhaupt nicht in die Erscheinung treten. Das bedarf noch des Beweises.

§§ 670, 675: Zunächst bleibt fraglich, inwieweit überhaupt bei entgeltlichen Verträgen ein derartiger Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen neben dem auf die Vergütung gegeben ist. Ich möchte mich in dieser Beziehung Hachenburg nicht anschließen, wenn er der Meinung ist,[1]) die Auslagen seien nur dann zu ersetzen, wenn dies besonders vereinbart sei. § 652 Abs. 2, den er als Beleg anzieht, spricht m. E. gerade gegen ihn; denn wenn hier das Gesetz die Vereinbarung ausdrücklich als Voraussetzung für den Anspruch aufstellt, so ist per arg. ex contr. zu schließen, daß es in § 670 von dieser Voraussetzung vielmehr hat absehen wollen. Das Gegenteil würde auch eine Härte für den Verpflichteten bedeuten, da sehr häufig derartige Aufwendungen, deren Notwendigkeit sich erst während der Ausführung des Geschäftes ergiebt, gar nicht vorauszusehen sind, zu einem vorherigen Abkommen über den Ersatz daher oft genug für die Parteien keinerlei Anlaß vorliegt. Dabei ist zu beachten, daß unter „Aufwendungen" im Sinne der §§ 669, 670 selbstverständlich nicht die regelmäßigen, durch die vom Verpflichteten gewünschte Thätigkeit verursachten Kosten zu verstehen sind, sondern nur die außergewöhnlichen, besonderen Auslagen, die gerade das eine bestimmte Geschäft erfordert, und die bei der Bemessung der Vergütung nicht berücksichtigt wurden.[1]) Läßt sich also z. B. eine Dame bei ihrer Schneiderin ein Kleid arbeiten, zu welchem sie den Stoff selbst geliefert hat, so kann ihr natürlich der Lohn für die Gehilfinnen, die das Kleid genäht haben, nicht besonders berechnet werden, wohl aber hat sie beispielsweise die Portospesen zu ersetzen, wenn die Schneiderin einen wertvollen Besatz von auswärts hat kommen lassen, da er in der Stadt nicht zu erhalten war.

[1]) S. 22.

Eine einfache Erwägung führt nun zu dem Schluß, daß unser Prinzip der Abgrenzung auch hier kaum jemals versagen wird. Denn der Anspruch des Verpflichteten bezieht sich nur auf die Aufwendungen, die er den Umständen nach *für erforderlich* halten darf. Es leuchtet aber ein, daß, wenn schon seine Thätigkeit an sich für den Berechtigten weder notwendig, noch nützlich genannt werden kann, sich schlechterdings auch keine solche besonderen Aufwendungen denken lassen, die er für erforderlich halten muß. Unterläßt er sie, so kann ja der Gegenpartei kein Schaden erwachsen. Der § 670 kann m. a. W. bei Arbeitsverträgen, die nach unserer Ansicht nicht unter § 675 fallen, überhaupt niemals aktuell werden. Nehmen wir an, S., ein wohlhabender Herr, lasse sich jeden Abend von 5 bis 7 Uhr von R. Romane vorlesen. Eines Abends geht kurz vor dieser Zeit ein Wolkenbruch nieder, und der entfernt wohnende R. könnte rechtzeitig nur mittels Droschke zu R. gelangen. Benutzte er eine solche, so würde man ihm, auch wenn man seine Leistung als „Geschäftsbesorgung" bezeichnete, schwerlich einen Anspruch auf Ersatz des Fahrgeldes zubilligen können. Denn die Aufwendung durfte er, da auf sein verspätetes Eintreffen nichts ankam, nicht für erforderlich halten. Man wird ihm dagegen sofort den Anspruch zubilligen, wenn man den Fall dahin abändert, daß S. ein Privatspekulant ist, der sich eines Augenleidens wegen jeden Morgen vor Beginn der Börse von R. seine Korrespondenz, den Kurszettel, Zeitungen u. s. w. vorlesen lassen muß. Dann aber hat der Vertrag mit R. auch nach unserer Deutung eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand, und die Berufung des R. auf §§ 670, 675 wäre ihm auch hiernach nicht verschlossen.

Was für § 670 gilt, trifft selbstverständlich auch für § 669 zu, aber auch für § 674 läßt sich eine ähnliche Argumentation verteidigen. Die Vorschrift des § 674 kommt ja vor allem in Frage, wenn es sich um das Fortbestehen der *Vertretungsbefugnis* auch nach Auflösung des Vertrages handelt. Nun ist aber schon oben, S. 13, darauf hingewiesen,

[1]) Cfr. § 90 H. G. B.

daß die Arbeitsverträge, durch welche die Verpflichtung zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts übernommen wird, mit ganz seltenen Ausnahmen solche im Sinne des § 675 sein müssen. Denn regelmäßig wird irgend eine Beziehung zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Vermögen oder einem andern Rechtsgut des Arbeitsempfängers oder eines Dritten bestehen. Es dürfte sich nun kaum ein Fall konstruieren lassen, in welchem zwar der Berechtigte keinerlei Interesse an der Endigung des Vertragsverhältnisses hat, dem Verpflichteten aber durch das unverschuldete Nichtkennen der Endigung ein Schaden erwächst. Im übrigen wird gerade hier, wo ohnedies meist über die Auflösungsgründe besondere Vereinbarungen getroffen werden müssen, (so, ob der Tod des Berechtigten als ein solcher Grund gelten, ob das Bestehen des Vertrages von einer Resolutivbedingung abhängig gemacht werden soll, u. s. w.), gewiß sehr häufig die Parteidisposition ergänzend eingreifen.

Endlich ist auch die Nichtanwendbarkeit des § 673 in den von uns ausgeschlossenen Fällen sehr wohl mit unserem Abgrenzungsprinzip vereinbar. Der Tod des Verpflichteten läßt zwar einen Arbeitsvertrag, der unserer Auffassung nach keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, da der Tod einer Partei im allgemeinen kein Endigungsgrund der Obligationen, auch im Zweifel nicht erlöschen. Darin würde aber für die Erben des Verpflichteten nur dann eine Härte liegen, wenn sie für einen Schaden, der dem Berechtigten durch den Tod und das daraus resultierende Unterbleiben der Leistung entstände, aufkommen müßten.[1]) Ein solcher Schaden ist aber wieder aus den bereits erörterten Gründen ausgeschlossen, falls die Leistung für den Berechtigten weder notwendig, noch nützlich war, m. a. W., falls der Vertrag nach unserer Ansicht nicht unter die in § 675 gekennzeichnete Sonderart von Arbeitsverträgen fällt.

Gegen das hier aufgestellte Prinzip der Abgrenzung, die nach Oertmann a. a. O. „derzeit kaum mit einiger Sicherheit zu vollziehen" ist, ließe sich einwenden, daß es sich nicht wesentlich von dem von Hachenburg vertretenen unterscheide. Das soll

[1]) Cfr. das Beispiel auf S. 15.

nicht bestritten werden. In der That ist der Kreis der Arbeitsverträge, die nach Vorstehendem keine „Geschäftsbesorgung" zum Gegenstande haben, so eng, und sind diese Verträge namentlich von so geringer wirtschaftlicher Bedeutung, daß man ihre Eigenart ohne Gefahr ignorieren und daher die Unterscheidung von der großen Masse der anderen Arbeitsverträge ganz unterlassen könnte. Dem steht aber der Wortlaut unseres § 675 entgegen, nach welchem sich die Trennung in zwei verschiedenen Vertragskategorien nicht umgehen läßt. Die eigentliche Gefahr liegt aber auch nicht sowohl darin, daß der Begriff der Geschäftsbesorgung zu extensiv, als vielmehr, daß er zu einschränkend interpretiert wird. Ich muß mich in dieser Hinsicht durchaus Riezler[1]) anschließen, der auch viel eher geneigt ist, dem Hachenburg'schen Extrem der allzu weiten Auslegung, als dem Gegenteil zuzustimmen. Dahin führt unbedingt die Erwägung, daß sämtliche in § 675 angezogenen Auftragsnormen von größter praktischer Tragweite sind, daß sonach alle entgeltlichen Verträge, die irgendwie für das Verkehrsleben in Betracht kommen, dem § 675 unterstellt werden müssen. Im Zweifel wird m. E. der Richter, der seine Entscheidung in diesem Sinne fällt, kaum fehlgehen können.

---

[1]) S. 78.